

MADRID, LE 30 SEPTEMBRE 2005

MME. GABRIELA ÁLVAREZ AVILA
SECRETAIRE DU TRIBUNAL
CIRDI
BANQUE MONDIALE
1818 H STREET, N.W.
WASHINGTON D.C. 20433

Réf.: Victor Pey Casado et Fondation Président Allende v. République du Chili (ICSID Case No. ARB-98-2)

Chère Madame,

La récusation du Tribunal arbitral par la République du Chili et la démission simultanée de l'arbitre proposé par elle n'ont pas de précédent dans le système du CIRDI. Elle est également très grave pour la crédibilité et l'efficacité du système d'arbitrage. Pour cette raison, les demandeurs ont continué à faire des recherches sur l'incompatibilité de la récusation et la démission de l'arbitre avec la Convention de Washington, l'API Espagne-Chili et le Droit International. Nous vous prions de bien vouloir en trouver ci-dessous le résultat.

En premier lieu, ainsi que l'a rappelé M. le Secrétariat Général du CIRDI dans sa communication du 8 septembre dernier, la demande de récusation des arbitres ne peut être fondée que sur les articles 14 alinéa 1 et 57 de la Convention de Washington (la « Convention »).

Aux termes des articles 14 (1) et 57 de la Convention, un arbitre ne peut être récusé que sur les fondement suivants :

- défaut manifeste de haute considération morale (high moral character);
- défaut manifeste de compétence (competence);
- défaut manifeste d'indépendance (independent judgment).

En outre, l'article 9 du Règlement d'arbitrage du CIRDI dispose que la demande de récusation d'un arbitre doit être soumise au Secrétariat Général dans les plus brefs délais, c'est-à-dire dès que la partie qui sollicite la récusation a eu connaissance d'une cause de récusation.

Or, en dépit de la longueur de son argumentation, la République du Chili ne démontre pas un défaut manifeste des qualités requises par l'article 14 (1) de la Convention et n'établit aucun fait nouveau susceptible de fonder sa demande de récusation. Les arguments développés par la République du Chili dans son mémoire en récusation ne sont que l'habillage d'une demande non fondée intervenant après un silence de plus de 24 mois,

vraisemblablement motivée par l'annonce récente par le Tribunal arbitral d'un projet de résolution et d'une réunion au mois de septembre 2005.

En second lieu, les Demandeurs s'étonnent de l'absence de motivation - voire même de demande- de récusation de Monsieur Galo Leoro Franco, la République du Chili ayant pris acte, semble t-il, de la démission de ce dernier -que les demanderesses ont rejetée le 5 septembre 2005. Les Demandeurs entendent rappeler qu'à ce jour, Monsieur Galo Leoro Franco est toujours membre du Tribunal arbitral. Ainsi qu'il résulte des termes de la communication du Secrétariat Général du CIRDI du 8 septembre 2005, précisant : « *En ce qui concerne la démission de Monsieur Galo Leoro Franco, celle-ci a été reçue le 26 août 2005 alors que l'instance était suspendue, par conséquent elle sera considérée une fois que la demande en récusation sera décidée*».

La tentative de la République du Chili, si elle devait prospérer, décrédibiliserait le fonctionnement de l'arbitrage CIRDI comme mode de règlement des litiges entre un investisseur privé et un Etat.

* * *

La République du Chili a prétendu obtenir la récusation de Messieurs Lalive et Bedjaoui aux motifs que :

- 1) Monsieur Bedjaoui occupe désormais le poste de Ministre des Affaires étrangères d'Algérie, ce qui, selon la défenderesse, remettrait en cause l'indépendance requise pour exercer sa fonction d'arbitre ;
- 2) Monsieur Bedjaoui aurait omis de divulguer aux parties sa nomination au poste de Ministre des Affaires étrangères d'Algérie, ce qui jetterait un doute sur sa « haute considération morale » ;
- 3) Messieurs Bedjaoui et Lalive seraient devenus manifestement incapables ou auraient cessé de pouvoir remplir leurs fonctions, ce qui serait démontré, notamment, par les délais de la procédure.

Par ailleurs, la République du Chili sollicite du Secrétariat Général du CIRDI qu'il s'enquiert de l'état de santé de Monsieur Lalive afin d'établir, d'une part, si « *les retards apportés au présent arbitrage* » ont pour motifs des raisons de santé, et, d'autre part, si Monsieur Lalive est apte à conserver la présidence du Tribunal arbitral dans cette affaire.

Il sera démontré ci-après qu'aucun des arguments développés par la République du Chili ne permet de fonder une demande de récusation des membres du Tribunal arbitral.

I. Sur le défaut de « garantie d'indépendance » de Monsieur Bedjaoui

En premier lieu, la République du Chili soutient que, dans le cadre de la Convention du CIRDI et de divers traités bilatéraux d'investissements, elle n'aurait « *consenti à offrir à certains demandeurs du secteur privé étranger une enceinte internationale pour les*

demandes à l'encontre de la République » que « sous certaines conditions, à savoir l'observation de certaines règles concernant la sélection des arbitres et la constitution du Tribunal en ce qui concerne les affaires du CIRDI » (§6 page 3, du Mémoire en demande de récusation -soulignement ajouté).

Or, rien dans le traité bilatéral d'investissement signé entre la République du Chili et le Royaume d'Espagne ne permet d'affirmer que la République du Chili a fait des réserves sur la possibilité de nommer un arbitre qui serait, par ailleurs, Ministre d'état. En ratifiant ce traité, la République du Chili a donné son consentement à la nomination d'arbitres en conformité avec l'article 14 de la Convention.

De la même manière, aucune disposition de la Convention (notamment l'article 14) ou du Règlement d'arbitrage n'interdit de nommer un Ministre d'état ou des hauts fonctionnaires publics comme arbitres, après que cette question eût été explicitement posée pendant les travaux préparatoires par le représentant de l'Espagne :

« Mr. MELCHOR (Spain) was also against including any specific reference to independence in Section 15. In the first place it was not clear what was covered by that requirement: would it, for instance, prevent a government from appointing one of its functionaries to Panels? (...) Secondly, lack of independence of members of a commission or tribunal was adequately covered by the provisions on disqualification in Article V.»¹

En conséquence, les listes officielles des arbitres publiées par le CIRDI² contiennent de nombreux Ministres d'Etat ou de très hauts fonctionnaires gouvernementaux. Par exemple Monsieur Jean François Ntoutoume, conseiller du Président de la République du Gabon et 1^{er} Ministre de la République du Gabon depuis 1999.

La République du Chili n'aura pas manqué de relever que Monsieur Galo Leoro Franco figure sur la liste des arbitres de la Cour Permanente d'Arbitrage depuis le 24 juillet 1987, y compris pendant la période au cours de laquelle il occupait les fonctions de Ministre des Affaires étrangères de l'Equateur (octobre 1994- février 1997).

Il en résulte que la nomination d'un arbitre, lors du déroulement d'une procédure d'arbitrage, au poste de Ministre n'est pas, *per se*, un motif valable de récusation.

La République du Chili soutient, également, que la nomination au poste de Ministre des Affaires Étrangères d'Algérie de Monsieur Bedjaoui serait en contradiction avec la « garantie d'indépendance » requise par l'article 14(1) de la Convention.

Or comme il a été rappelé ci-dessus, une demande de récusation ne peut être accueillie favorablement que dans la mesure où le défaut d'indépendance alléguée est « manifeste ».

¹ History, Art. 57, Vol. II, p. 387.

² <http://www.worldbank.org/icsid/pubs/icsid-10/icsid-10.htm>

Ainsi que le souligne le Professeur Schreuer³, l'exigence de l'article 14 (1) impose à la partie qui sollicite la récusation de démontrer l'existence d'une situation conflictuelle réelle qui ne souffre aucune supposition.

En conséquence, la République du Chili ne saurait fonder son argumentation, comme elle le fait, sur une situation purement hypothétique, spéculant sur les risques possibles que pourraient présenter d'éventuels conflits futurs entre les deux pays sur l'indépendance de Monsieur Bedjaoui (point 7 du Mémoire en demande de récusation). Une hypothèse d'autant plus à exclure que le Tribunal a fait savoir, en juin 2005, que la Sentence serait prête.

Nous noterons, par ailleurs, que pour la première fois la République du Chili soulève le 16 septembre 2005 l'argument de l'indépendance de sa politique étrangère pour s'opposer au règlement d'un litige international par un arbitre qui est devenu, sept ans et demi après le début de la procédure, membre du Gouvernement d'un autre Etat (point 8 du Mémoire en demande de récusation).

Nous rappellerons à titre d'exemple le différend entre le Chili et l'Argentine dans la célèbre **affaire du Canal de Beagle** qui a été tranchée par le Gouvernement britannique. Pendant les nombreuses années où cet arbitrage s'est déroulé, les Gouvernements chiliens successifs n'ont jamais prétendu que la politique intérieure ou extérieure du Chili pourrait subir de la part du Gouvernement britannique d'hypothétiques contraintes ou pressions.

Nous rappellerons également:

- 1) que le Gouvernement de Sa Gracieuse Majesté la Reine d'Angleterre a rendu sa sentence arbitrale à la demande du Président Dr. Allende (et du Président de l'Argentine, M. Lanusse), et qu'elle a été en faveur du Chili;
- 2) que sous le Gouvernement du Dr. Allende, entre novembre 1970 et le 11 septembre 1973, la République du Chili avait mené une politique intérieure et étrangère indépendante vis-à-vis du Royaume Uni et de toute question internationale dans laquelle ce dernier pouvait avoir un intérêt, sans en être en aucune manière otage.

Bien que l'affaire qui nous occupe n'a pas trait à des faits d'une envergure comparables à l'affaire du Canal de Beagle, la référence est utile pour accentuer le défaut de pertinence de l'argument de la République du Chili sur la prétendue dépendance de sa politique étrangère, du fait de la présence de Monsieur Bedjaoui au sein du Tribunal.

Il résulte des développements précédents que la nomination de Monsieur Bedjaoui au poste de Ministre des Affaires Étrangères d'Algérie ne peut être retenue comme un motif valable, au regard de la Convention et du Règlement d'arbitrage du CIRDI, pour demander sa récusation. D'autant plus que cette nomination est intervenue en mai 2005, lorsque la procédure et le projet de Sentence étaient pratiquement terminés.

³ Schreuer : The ICSID Convention: a commentary. Article 57 § 16 et seq. 1200.

II. Sur le défaut de « haute considération morale » de Monsieur Bedjaoui

Consciente de ce que la nomination au poste de Ministre ne constitue pas un défaut ***manifeste*** d'indépendance au sens de l'article 14 (1) de la Convention, la République du Chili soutient, également, que Monsieur Bedjaoui aurait dû divulguer sa nomination aux parties, et que cette omission permet d'émettre de sérieux doutes sur la « haute considération morale » de Monsieur Bedjaoui.

Premièrement, les arbitres ne se communiquent pas directement avec les parties mais avec le Centre. La défenderesse ne prétend pas que cette communication entre M. Bedjaoui et le Centre n'aurait pas eu lieu, le cas échéant.

En deuxième lieu, une fois encore il convient de souligner que la République du Chili ne démontre pas un ***défaut manifeste*** des qualités requises par l'article 14 (1).

Par ailleurs, ainsi qu'il a été démontré ci-dessus, rien n'interdit à un Ministre d'état d'être nommé arbitre dans le cadre du règlement d'un différend en application des règles du CIRDI. L'on ne peut dès lors reprocher à un arbitre de ne pas divulguer directement aux parties sa nomination comme membre du Gouvernement de son pays.

D'autre part, et de manière plus substantielle, les Demandeurs attirent l'attention du Président du Conseil Administratif sur le fait que la nomination de Monsieur Bedjaoui au poste de Ministre des Affaires étrangères d'Algérie est intervenue au début du mois de mai 2005. Outre le fait que cette nomination est un fait notoire, l'Ambassade du Chili à Alger n'a pas pu ne pas être informée de cette nomination. Les autorités chiliennes n'ont à cette date, ni même en juin ou encore en juillet, pas considéré ce changement de fonction comme un motif de récusation⁴. Il aura fallu attendre la communication du Secrétariat Général du 11 août 2005 informant les parties de la réunion imminente du Tribunal pour recevoir une réaction de la République du Chili.

Le Président du Conseil administratif en tirera les conséquences.

Enfin, la République du Chili tente d'ériger comme « *un principe universel de déontologie gouvernementale* » le principe selon lequel il serait interdit aux représentants d'un gouvernement d'avoir des activités rémunérées en dehors du cadre de leurs fonctions officielles. Elle cite notamment au soutien de sa thèse la Loi No 19.863 du Chili (point 14 du Mémoire en demande de récusation).

L'on s'étonnera dès lors des faits suivants: le Conseil de Défense de l'État, dont le Président est nommé par le Chef de l'État, est la plus haute instance dans la défense des intérêts de l'État et de la légalité chiliens. Il est un fait notoire que sa Présidente actuelle, Mme. Clara Szczeranski, en parallèle avec l'exercice de cette fonction publique, a exercé les fonctions de juge-arbitre, rémunérée, dans des arbitrages privés.

⁴ L'Article 9 (1) du Règlement d'arbitrage stipule : « Une partie demandant la récusation d'un arbitre en vertu de l'article 57 de la Convention soumet sa demande dûment motivée au Secrétariat général dans les plus brefs délais, et en tout état de cause avant que l'instance ait été déclarée close ».

Le Gouvernement chilien n'a jamais considéré ce fait contraire à la Loi n° 19.863 que le Ministre de l'Économie invoque aujourd'hui pour récuser un arbitre d'un Tribunal CIRDI.

La Cour Suprême du Chili non plus lorsque, les 19 juillet et 9 août 2001, statuant en Séance Plénière⁵, avait reproché à Mme. Szczaranski de ne pas respecter les règles de procédure arbitrale dans l'affaire de la compagnie minière San Miguel Uno contre Compañía Minera Doña Isabel Ltda. La Cour Suprême n'a nullement mis en question la compatibilité entre les fonctions d'arbitre privé et de Présidente du Conseil de Défense de l'État, ni le fait que cette dernière perçoive une rémunération équivalente à 1.12% du montant du litige.

Le Ministre chilien poursuit sa méconnaissance du système CIRDI en affirmant qu'un arbitre qui perçoit ses honoraires... se trouverait placé dans un état de dépendance vis-à-vis de l'État chilien et, par voie de conséquence, que l'esprit de l'Art. I Section 9, Clause 9 de la Constitution des Etats-Unis (qui interdit aux titulaires d'une charge publique d'accepter un quelconque paiement ou don de la part de pays souverains étrangers sans le consentement du Congrès) lui serait applicable. Une telle affirmation montre à quel point la demande en récusation formulée par le Gouvernement chilien est éloignée des critères requis par la Convention de Washington et l'API entre l'Espagne et le Chili, car **c'est le CIRDI, en aucun cas les parties, qui paye les honoraires aux arbitres.**⁶

Pendant les Travaux Préparatoires de la Convention Mr. Amlie (Norway)

*« considered that the whole essence of arbitral procedure lay in the fact that the party appointing an arbitrator could not give him instructions. »*⁷

Les Demandeurs considèrent que la République du Chili n'a pas été en mesure d'établir des manquements qui puissent être constitutifs d'un défaut manifeste de « haute considération morale » de la part de Monsieur Bedjaoui.

En conséquence, le Président du Conseil administratif ne saurait faire droit à la demande de récusation de Monsieur Bedjaoui sur ce fondement.

⁵ Ces deux décisions de la Cour Suprême du Chili ont été publiées dans tous les journaux du Chili, on peut les lire par exemple dans http://www.elmostrador.cl/c_pais/arbitraje_sancion.htm et http://www.elmostrador.cl/c_pais/arbitraje_inhabilidad.htm, respectivement.

⁶ Art. 14(2) du Règlement Administratif et Financier.

⁷ History, Art. 57, vol. II, 387.

III. Sur l'incapacité manifeste de Messieurs Lalive et Bedjaoui à remplir leurs fonctions

La République du Chili considère que Messieurs Lalive et Bedjaoui sont incapables de remplir leurs fonctions d'arbitres compte tenu des retards déraisonnables de la procédure arbitrale pris dans le règlement du litige opposant les parties. La République du Chili fonde son argumentation sur l'article 8 (1) du Règlement d'arbitrage CIRDI qui dispose :

« Si un arbitre devient incapable ou cesse de pouvoir remplir ses fonctions, la procédure relative à la récusation des arbitres prévue par l'article 9 est applicable ».

La République du Chili croit pouvoir déduire de cet article qu'une partie peut demander la récusation d'un, ou des arbitres, sur le fondement d'une incapacité ou de l'impossibilité pour un arbitre de remplir ses fonctions.

Or, comme nous l'avons développé dans nos écritures du 1^{er} septembre 2005 (Section II), cette stipulation renvoie à la Règle n° 9 aux seuls aspects procéduraux. En d'autres termes, lorsqu'un arbitre devient incapable ou cesse de pouvoir remplir ses fonctions, seule la démission est envisageable à l'exclusion de la récusation par les parties. En revanche, l'arbitre qui démissionne pour l'un de ces motifs devra, en application de l'article 8 (1), soumettre sa démission au Secrétariat Général et non aux autres membres du Tribunal, dans les plus brefs délais, qui devra en notifier les autres membres du Tribunal arbitral ainsi que les parties, ou le Président du Centre, le cas échéant.

L'article 8 (1) du Règlement d'arbitrage, régi par l'article 56 de la Convention, n'a pas vocation à élargir les fondements de récusation prévus à l'article 57. L'article du Règlement 8(1) n'est pas non plus à la disposition des parties, la Règle n° 9 ayant seulement pour objet de régir la procédure applicable en cas d'incapacité ou d'impossibilité de remplir ses fonctions, procédure que seulement les arbitres peuvent déclencher, en aucun cas les parties.

En effet, la History of the ICSID Convention ne laisse pas de doute à ce propos. L'article V, Section 1 -le précédent de l'article 56(1)- porte le commentaire officiel suivant (History, vol. II, page 166):

«Comment. 1. Section 1 incorporates what has been called the 'principle of immutability' and is intended to preclude the replacement of conciliators and arbitrators by the parties during proceedings with a view to influencing the outcome of these proceedings, as well as their resignation under pressure».

La raison d'être de cet article 56 est conforme avec ses antécédents (History, vol I, p. 256):

WORKING PAPER (Doc. 6) Article VII, Section 5:

“Once a Conciliation Commission or an Arbitral Tribunal shall have been constituted and proceedings shall have begun, its composition shall remain unchanged; provided, however, that if a conciliator or arbitrator shall die or become incapacitated, or shall have resigned, the resulting vacancy shall be filled by the method used for the original appointment...”

PRELIMINARY DRAFT (Doc. 24) Article V, Section 1:

“After a Conciliation Commission or an Arbitral Tribunal has been constituted and proceedings have begun, its composition shall remain unchanged; provided, however, that if a conciliator or arbitrator should die, become incapacitated, or resigns, the resulting vacancy shall be filled by the method used for the original appointment.”

FIRST DRAFT (Doc. 43). Article 59(1):

“After a Conciliation Commission or an Arbitral Tribunal has been constituted and proceedings have begun, its composition shall remain unchanged, provided, however, that if a conciliator or an arbitrator should die, become incapacitated, or resign, the resulting vacancy shall be filled by the method prescribed for the original appointment”.

REVISED DRAFT (Doc. 123) Article 56(1)

“After a Commission or a Tribunal has been constituted and proceedings have begun, its composition shall remain unchanged: provided, however, that if a conciliator or an arbitrator should die, become incapacitated, or resign, the resulting vacancy shall be filled in accordance with the provisions of Section 2 of Chapter III or Section 2 of Chapter IV”.

Par contre, l'article V, Section 2, le précédent de l'article 57 de la Convention (qui régit la Règle d'arbitrage n° 9), porte le commentaire officiel suivant (History, vol. II, page 166):

« 2. Section 2, which relates to disqualification of a conciliator or an arbitrator, is of wider scope than Section 6 of Article VII of the Working Paper. Section 2(1)(a) deals with conciliators and arbitrators appointed by the parties, and is to the effect that a party may at any time propose their disqualification. Such proposal may be based upon any fact, such as general unfitness, personal prejudice, misconduct or interest in the subject-matter, and regardless of whether that fact arose before or after constitution of the Commission or Tribunal.”

En conséquence, les travaux préparatoires de l'article 57 de la Convention attribuent aux parties –en aucun cas aux arbitres- la compétence pour activer sa mise en application:

WORKING PAPER (Doc. 6) Article VII, Section 6(1)-(2) –voir History, vol I, p.262):

“(1) A party may propose the disqualification of a conciliator or arbitrator on the ground that he has an interest in the subject matter of the dispute or that he had, prior to his appointment, dealt with the dispute in any capacity whatever.”

PRELIMINARY DRAFT (Doc. 24) Article V, Section 2(1):

“(a) A Party may propose the disqualification of a conciliator or arbitrator appointed pursuant to Article III, Section 2, or Article IV, Section 2, respectively, on account of any fact whether antecedent or subsequent to the constitution of the Commission or Tribunal”

FIRST DRAFT (Doc. 43). Article 60:

“A party may propose the disqualification of a conciliator or arbitrator on account of any fact indicating a manifest lack of the qualities required by Article 14(1). A party to arbitration proceedings may, in addition, propose the disqualification of an arbitrator on the ground that he was ineligible for appointment to the Arbitral Tribunal under Article 43(1).”

REVISED DRAFT (Doc. 123) Article 57:

“A party may propose to a Commission or Tribunal the disqualification of a conciliator or an arbitrator on account of any fact indicating a manifest lack of the qualities required by Article 14(1). A party to arbitration proceedings may, in addition, propose the disqualification of (...)”.

En conséquence, l'invocation de l'article 8 (1) du Règlement d'arbitrage au soutien de la demande de récusation des arbitres par la République du Chili est sans fondement et inopérante, et ne peut être que rejetée par le Président du Conseil administratif.

Si toutefois le Président du Conseil administratif ne devait pas retenir notre interprétation de l'article 8 (1) du Règlement d'arbitrage, mais celle de la République du Chili, il devrait néanmoins rejeter la proposition du Chili, ce dernier n'étant pas en mesure de démontrer l'incapacité des arbitres ou l'impossibilité de ces derniers à remplir leurs fonctions.

La République du Chili soutient que l'incapacité stipulée à l'article 8 (1) du Règlement tient en l'incapacité d'un arbitre à trouver le temps de participer aux travaux du Tribunal.

Ainsi qu'il a été mentionné, le Professeur Schreuer dans son commentaire de la Convention considère que l'incapacité visée à l'article 8(1) de la Convention concerne une incapacité mentale ou physique due à des raisons médicales et ne concerne pas l'incapacité d'un arbitre de trouver le temps nécessaire pour participer aux sessions du Tribunal⁸, qui de surcroît n'est pas démontré en l'espèce.

Au soutien de son argumentation selon laquelle l'incapacité dans le contexte du CIRDI doit comprendre un délai raisonnable⁹, la République du Chili affirme que l'interprétation de Monsieur le Professeur Schreuer ne vise que le terme « incapacité » et non l'expression « cesse de pouvoir remplir ses fonctions », qui a été ajoutée au Règlement d'arbitrage le 26 septembre 1984.

La République du Chili soutient que l'interprétation qu'elle fait de l'article 8(1) du Règlement d'arbitrage est confirmée par le fait que l'expression « ou cesse de pouvoir remplir ses fonctions » a été ajoutée en 1984 et qu'elle doit avoir un certain sens et que ce sens doit être différent de « devient incapable ».

Au soutien de son interprétation exégète, la République du Chili tente de construire un parallèle avec la pratique d'autres institutions d'arbitrage international telles que la CCI, la LCIA ou encore la loi-type CNUDCI sur l'arbitrage international.

Or, contrairement au Règlement d'arbitrage CIRDI, les règles de procédure prévues aux Règlements CCI et LCIA ainsi que les règles prévues dans la loi-type CNUDCI prévoient expressément la possibilité de remplacer un arbitre qui n'a pas la disponibilité requise pour remplir ses fonctions.

Enfin, si l'interprétation de la République du Chili devait être retenue, l'indisponibilité ou l'incapacité des arbitres alléguée par le Chili n'est pas démontrée en l'espèce. En effet,

- d'une part, il ne fait aucun doute pour les Demandeurs qu'en dépit de la longueur de la procédure, les membres du Tribunal arbitral ont consacré, régulièrement, un temps et un travail considérable pour l'étude de ce dossier particulièrement compliqué, ne serait ce qu'au regard du montant des provisions demandées.
- Et, d'autre part, la République du Chili a largement contribué à l'extrême longueur de la procédure dont elle se plaint aujourd'hui en rendant celle-ci particulièrement compliquée par des artifices procéduraux¹⁰.

La République du Chili ne manque pas d'audace en fondant sa demande de récusation sur la durée de la procédure.

⁸ Schreuer : The ICSID Convention: a commentary. Article 56 § 19 at page 1188.

⁹ Thèse soutenue par Monsieur Tupman « Challenge and Disqualification of Arbitrators in International Commercial Arbitration » in 38 International & Comparative Law Quarterly. 26.

¹⁰ Voir notre Aide-mémoire concernant la mauvaise foi du Chili tout au long de la procédure arbitrale, provoquant sa prolongation et l'augmentation des frais

En outre, l'argument de la République du Chili selon lequel la demande de récusation serait fondée sur le retard accumulé par le Tribunal arbitral, retard contraire à la lettre et à l'esprit de la Convention, est particulièrement absurde dans les circonstances actuelles et lorsque l'on envisage les conséquences que pourrait avoir l'acceptation de la proposition de récusation par le Président du Conseil administratif.

Si la demande de la République du Chili devait être accueillie favorablement, elle aurait pour effet de retarder de manière considérable la résolution du différend opposant les parties. Ainsi la cure aboutirait à des maux bien plus importants et définitifs que « le mal » qu'elle entendait soigner, et elle entraînerait un préjudice irréparable pour les Demandeurs, et plus particulièrement Monsieur Pey. Alors que la Défenderesse continue d'exploiter le patrimoine confisqué et les ressources financières des Demandeurs sont sans commune mesure avec celles dont dispose généralement un Etat.

Soulignons également que si la République du Chili avait voulu protester contre la lenteur de la procédure, elle a eu bien des occasions de le faire, notamment lors de l'audience du 7 mai 2003, ou encore à l'occasion de la communication adressée par les Demandeurs au Secrétariat Général le 31 août 2004 s'enquérant de l'avancement des « délibérés », soit un an environ avant que la République du Chili ne dépose sa proposition.

Quant aux arguments de la République du Chili relatifs aux frais de la procédure d'arbitrage, nous soulignerons d'une part que ce fait n'est pas nouveau, comme le démontrent les dates et des montants listés aux points 40 et 41 de la proposition de la République du Chili, et, qu'une fois encore, il n'a jamais été soulevé précédemment par la Défenderesse. D'autre part, ainsi qu'il a été évoqué dans leur communication du 1^{er} septembre 2005, les Demandeurs sont disposés à suppléer à un éventuel défaut de paiement de la provision de fonds par la République du Chili, en conformité avec l'article 14 (3) (d) du Règlement Administratif et Financier du CIRDI. En outre, la solution proposée par la République du Chili aurait, également, pour conséquence d'augmenter considérablement les frais déjà élevés de la procédure contre lesquels le Chili s'insurge.

Le moment auquel intervient la demande de la République du Chili et la paralysie *in extremis* de la procédure sous prétexte d'une durée excessive si la proposition de la République du Chili devait prospérer, montre que le seul objectif de cette dernière est de prolonger à l'extrême la procédure.

En conséquence, le Président du Conseil administratif devra rejeter la proposition du Chili comme étant sans fondement, étant constitutive d'une mesure dilatoire ayant pour unique but de paralyser une procédure qui touchait à son terme.

Il convient de souligner que la proposition de la République du Chili est dans la droite ligne de la décision de la Chambre des Députés du Chili, adoptée le 21 août 2002 avec l'accord du gouvernement et en présence de Monsieur le Ministre Jorge Rodriguez Grossi, à savoir :

« il n'appartient à l'Etat du Chili de payer, en aucun cas, quelque somme que ce soit dans la procédure arbitrale en cours auprès du Centre International d'Arbitrages en matière d'Investissements (CIRDI) »¹¹.

Pour conclure, si la proposition de la République du Chili venait à prospérer, cela permettrait à un Etat de paralyser le mécanisme du CIRDI en empêchant tout investisseur d'avoir recours à l'arbitrage, et créerait une inégalité structurelle insurmontable dans l'hypothèse où- et tel est le cas d'espèce- la partie dépossédée n'est ni éternelle ni infiniment riche comme, du moins à l'échelle qui nous concerne, l'est généralement un Etat.

Enfin s'agissant de la demande de la République du Chili auprès du Secrétariat Général de déterminer si l'état de santé du Président du Tribunal est d'une part à l'origine des retards pris dans la procédure, et, d'autre part compatible avec la poursuite de ses fonctions de Président du Tribunal arbitral, l'on notera que le Tribunal a fait savoir aux parties qu'il a déjà un projet de résolution et qu'il devait se réunir ce mois de septembre 2005. Si cette réunion n'a pas eu lieu, c'est parce que le Gouvernement du Chili l'a empêchée, non pour des raisons médicales ou des difficultés de calendrier des arbitres. En tout état de cause, on voit mal sur quel fondement le Secrétariat Général pourrait faire droit à cette demande d' « expertise ».

* * *

Par ces motifs, il est respectueusement rappelé notre demande

A) au Tribunal arbitral

1. qu'il considère sans délai l'opportunité de fournir au Président du Conseil Administratif les explications prévues dans la Règle d'arbitrage 9(3) ;
2. qu'il informe le Président du Conseil Administratif que le Tribunal dispose d'ores et déjà d'un projet de résolution, et qu'il précise s'il est parvenu lors des délibérations à une décision sur les questions essentielles soulevées dans cette procédure;
3. si tel est le cas, et compte tenu des circonstances extraordinaires créées par l'État du Chili, en conformité des articles 25(1) et 48(1) de la Convention et les principes de droit international invoqués dans notre demande du 5 septembre 2005, que le Tribunal demande l'accord du Président du Conseil Administratif pour, après le rejet de la récusation et des raisons de la démission de M. Leoro Franco, le Tribunal arbitral, composé de Messieurs Lalive et Bedjaoui seuls, rende sa Sentence sans délai et sans frais supplémentaire qu'entraînerait, à un stade si avancé de la procédure, une reconstitution du Tribunal après la démission injustifiée de l'arbitre nommé par le Chili.

¹¹ Voir dans C 208 le Procès Verbal de la séance de la Chambre des Députés du Chili du 21 août 2002.

B) au Secrétaire Général et au Président du Conseil Administratif du CIRDI,

1. qu'ils rejettent sans délai la demande de récusation (Règle n° 9(5));
2. que, compte tenu des circonstances extraordinaires créées par l'État du Chili, en conformité avec les articles 25(1) et 48(1) de la Convention et les principes de droit international invoqués dans notre demande du 5 septembre 2005, ils autorisent le Tribunal arbitral composé de Messieurs Lalive et Bedjaoui seuls, rendre sa sentence sans délai et sans frais supplémentaire qu'entraînerait à un stade si avancé de la procédure, une reconstitution du Tribunal après la démission injustifiée de l'arbitre nommé par le Chili .

Nous vous prions de croire, chère Madame, à l'expression de nos salutations distinguées

Dr. Juan E. Garcés
Représentant de M. Victor Pey-Casado et de
la Fondation espagnole Président Allende